



**SACHSEN-ANHALT**  
**LANDESVERWALTUNGSAMT**

**1. Vergabekammer  
beim Landesverwaltungsamt**

**Beschluss**

**AZ: 1 VK LSA 17/11**

**Halle, 04.10.2011**

§ 3 Abs. 4 Nr. 1 VgV, § 15 RettDG LSA, § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB, § 97 GWB  
Die Verlängerung der Genehmigung nach § 15 RettDG SA ist gleichzeitig zumindest konkludent auch die Verlängerung der Verträge über die weitere Leistungserbringung.  
Der Zeitraum der Verlängerung ist auch für den Streitwert als Vertragslaufzeit anzusetzen.

In den Nachprüfungsverfahren der

..... GmbH

.....

Antragstellerin zu 1)

Verfahrensbevollmächtigte  
Rechtsanwälte

.....

und

..... gGmbH

.....

Antragstellerin zu 2)

Verfahrensbevollmächtigte  
Rechtsanwälte

.....

gegen

die

.....

Antragsgegnerin

unter Beiladung

des .....

Beigeladene zu 1)

Verfahrensbevollmächtigte  
Rechtsanwaltskanzlei  
.....

des  
.....

Beigeladene zu 2)

der ..... GmbH  
.....

Beigeladene zu 3)

Verfahrensbevollmächtigte  
.....

wegen

der gerügten Vergabeverstöße zur Vergabe von Leistungen der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes in den Genehmigungsbereichen 1 bis 5 der Stadt ..... hat die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt aufgrund der mündlichen Verhandlung am 15.09.2011 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Regierungsdirektor Thomas, der hauptamtlichen Beisitzerin Bauamtsrätin Pönitz und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn Neumann beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die zwischen der Antragsgegnerin und den Beigeladenen geschlossenen Verträge unwirksam sind.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Absicht der Beschaffung von Dienstleistungen der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes (Rettungsdienst) von einem Dritten zur Auftragserteilung ein Vergabeverfahren nach den Vorschriften des Vergaberechtes durchzuführen. Ihr wird weiterhin aufgegeben, innerhalb eines Zeitraumes von drei Monaten ab Bestandskraft des Beschlusses diese Vergabe bekanntzumachen.
3. Die Kosten der Verfahren vor der erkennenden Kammer sowie der Rechtsverteidigung oder Rechtsverfolgung der Antragstellerin zu 1) und der Antragstellerin zu 2) trägt die Antragsgegnerin.
4. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf insgesamt ..... Euro.
5. Die Hinzuziehung der anwaltlichen Vertreter der Antragstellerin zu 1) und der Antragstellerin zu 2) wird für notwendig erklärt.

## Gründe

### I.

Bereits im Jahr 2009 leitete die Antragsgegnerin ein Vergabeverfahren bezüglich der Erbringung von Leistungen der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes ein. Das Verfahren wurde mit Fax-Schreiben vom 25.11.2009 aufgehoben, da kein Angebot den formellen Anforderungen genügte. Gleichzeitig kündigte die Antragsgegnerin an, im nächsten Jahr eine neue Ausschreibung durchzuführen. Nach der Verlängerung bereits bestehender Verträge sowie bereits erteilter Genehmigungen zur Erbringung von Rettungsdienstleistungen veröffentlichte die Antragsgegnerin tatsächlich mit Datum vom 30.07.2010 eine Vorinformation zur geplanten Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (.....). Im Nachgang des am 12. November 2010 vom Landtag beschlossenen Gesetzes zur Änderung des Rettungsdienstgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt (RettdG LSA) erteilte die Antragsgegnerin den Beigeladenen jeweils mit Schreiben vom 08.12.2010 eine weitere Verlängerung der Genehmigung für die Teilnahme am Rettungsdienst bis zum 31.12.2013. Am 12.05.2011 gab die Antragsgegnerin mittels einer sog. freiwilligen ex ante-Transparenzbekanntmachung bekannt, dass die im Rettungsdienstbereich ..... bestehenden Aufträge für drei Anbieter (hier: die Beigeladenen) ohne ein gemeinschaftskonformes Vergabeverfahren verlängert wurden.

Daraufhin forderte die Antragstellerin zu 1) die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 12.05.2011 auf, ihr gegenüber verbindlich zu erklären, dass sie an der Verlängerung der Genehmigungen und damit eingeschlossen an der Verlängerung der Verträge nicht festhalte. Für den Fall einer Nichtabhilfe wurde eine weitere gerichtliche Auseinandersetzung angekündigt. Mit Schriftsatz vom 23.05.2011 bzw. 08.06.2011 haben die Antragstellerin zu 1) sowie die Antragstellerin zu 2) die Einleitung von Nachprüfungsverfahren für die Genehmigungsbereiche 1 bis 5 beantragt.

Die Nachprüfungsanträge sind der Antragsgegnerin mit Verfügung der Vergabekammer vom 23.05.2011 bzw. 09.06.2011 zugestellt worden. Mit Zustellung der Nachprüfungsanträge wurde sie darauf hingewiesen, dass die Wirksamkeit eventuell geschlossener Verträge überprüft werde und ein Leistungsaustausch auf eigenes Risiko erfolge. Gleichzeitig wurde sie aufgefordert, die entsprechenden Unterlagen und eine Stellungnahme zu den Nachprüfungsanträgen vorzulegen.

Die Antragstellerin zu 1) vertritt die Auffassung, dass ihre Anträge zulässig und begründet seien. Die Antragsgegnerin habe durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften subjektive Rechte der Antragstellerin zu 1) verletzt. Hieraus drohe dieser auch ein Schaden zu entstehen.

Letztlich lägen hier mehrere de-facto-Vergaben vor, die gegen die Grundregel der Ausschreibungspflicht verstießen. Daran ändere auch die Bekanntmachung im Ausschreibungsanzeiger der Europäischen Union nichts, ausweislich deren die Antragsgegnerin als Verfahrensart eine Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Vergabebekanntmachung gewählt habe. Es sei fehlerhaft, dass der Auftrag Dienstleistungen betreffe, die Gegenstand von Anhang II B der Richtlinie 2004/18/EG oder von Anhang XVII B der Richtlinie 2004/17/EG seien. Dadurch verletze sie die Antragstellerin zu 1) in ihren Rechten. Als Rechtfertigung für ein derartiges Verhalten könne auch keine noch so große Schwierigkeit bei der Durchführung ordnungsgemäßer Vergabeverfahren dienen. Insbesondere sei die zur Ausschreibung verpflichtete Seite nicht befugt, diese Verpflichtung so lange nicht zu erfüllen, bis die Gesetzeslage eine leichtere Handhabung ermögliche. Vielmehr sei das Fehlverhalten der Antragsgegnerin für diese selbst so eindeutig erkennbar, dass in der hier angegriffenen Beauftragung der bisherigen Leistungserbringer ein kollusives Zusammenwirken der Parteien zu Lasten der Antragstellerin zu 1) liege. Durch die Teilnahme der Beigeladenen an den vorangegangenen Ausschreibungsverfahren müsse man auch bei diesen von einem Wissen um die bestehende Ausschreibungspflicht ausgehen. Den Beteiligten sei zudem auch die Rechtsprechung des BGH und des OLG Naumburg zu den Ausschreibungsverpflichtungen und der intensiven Diskussion in Sachsen-Anhalt bekannt.

Dass die Rechtswidrigkeit ihres Vorgehens den Mitarbeitern der zuständigen Vergabestelle bewusst gewesen sei, ergebe sich aus der Mitteilung, dass die Mitarbeiter entgegen ihrer Überzeugung aufgrund von Weisungen von „oben“ hätten handeln müssen. Dafür spreche auch, dass in dem Schreiben vom 18.05.2011 auf ein Einvernehmen des Ministeriums für Wirtschaft und Arbeit mit dem Ministerium des Inneren Bezug genommen werde. Erschwerend komme hinzu, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin zu 1) mit ihren Beteuerungen einschließlich der offiziellen Vorinformation über eine zu erwartende Ausschreibung im Europäischen Amtsblatt bewusst hingehalten habe. Die Antragstellerin zu 1) habe auf den Beginn des neuen Vergabeverfahrens gewartet und gedrängt, während die Antragsgegnerin Verträge direkt vergeben habe, ohne darüber auch nur vorab zu informieren. Dies sei im Wissen um das Interesse der Antragstellerin zu 1) an der Leistungserbringung geschehen. Abschließend sei festzustellen, dass die Antragsgegnerin die Vergabekammer und die Antragstellerin zu 1) in voller Absicht durch schlichtes Nichtstun vergaberechtlich ins Leere habe laufen lassen. Dies müsse durch einen ausdrücklichen Feststellungsantrag und notfalls durch ein Zwangsgeld zukünftig unterbunden werden. Die bisherigen Leistungserbringer seien zudem von der weiteren Vergabe der Rettungsdienstleistungen auszuschließen, weil die fortgesetzte de-facto-Vergabe der Rettungsdienstleistungen nur auf der Grundlage eines Verstoßes gegen § 1 GWB möglich sei. Die bisherigen Leistungserbringer beschränken ihr Interesse an der Erbringung von Rettungsdienstleistungen auf den ihnen bislang jeweils zugewiesenen räumlichen Geltungsbereich. Sie träten damit von vornherein nicht in eine Konkurrenz mit den anderen Leistungserbringern um den „räumlich“ zugewiesenen Auftrag. Dies setze eine wettbewerbswidrige Vereinbarung voraus, die oligopolen Strukturen im Stadtgebiet nicht aufzubrechen und sich die Aufträge nach räumlichen Abgrenzungen nicht streitig zu machen.

Die Antragstellerin zu 1) beantragt,

1. festzustellen, dass die Antragsgegnerin durch die Vergabe von Rettungsdienstleistungen in einem nicht europarechtskonformen Verfahren in ihren Rechten verletzt ist und bereits abgeschlossene Verträge unwirksam sind,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Vergabeabsicht die streitgegenständlichen Rettungsdienstleistungen der Notfallrettung und des qualifizierten Krankentransportes nicht ohne ein vergaberechtskonformes Verfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben,  
  
hilfsweise,  
dass die Vergabekammer auf die Rechtmäßigkeit des streitgegenständlichen Verfahrens hinwirkt (§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB),
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin zu 1) gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären sowie
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin zu 1) aufzuerlegen.

Die Antragstellerin zu 2) lässt vortragen, durch die Antragsgegnerin ebenso durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften in ihren subjektiven Rechten verletzt worden zu sein. Auch ihr drohe daraus ein Schaden zu entstehen (§ 107 Abs. 2 GWB).

Die Antragstellerin zu 2) habe einen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin die Rettungsdienstleistungen nur im Wege eines geregelten Vergabeverfahrens beschaffe und nicht unter der Hand vergebe, wie dies hier geschehen sei. Dies folge nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ebenso aus § 97 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 4 Abs. 1 VgV sowie § 3a Nr. 1 Abs. 1 EG VOL/A.

Ein geregeltes Vergabeverfahren habe die Antragsgegnerin unstrittig nicht durchgeführt, sondern sich stattdessen ohne jeglichen Wettbewerb im Zusammenwirken mit den bisherigen Leistungserbringern auf eine Fortsetzung der bestehenden Verträge verständigt bzw. entsprechende Verträge neu geschlossen. Dies stelle die denkbar schwerwiegendste Art und Weise der Verletzung von Rechten der Wettbewerbsteilnehmer und damit auch der Antragstellerin zu 2) dar.

Die Antragsgegnerin könne sich nicht darauf berufen, durch die in der Novellierung des Rettungsdienstgesetzes Sachsen-Anhalt gesetzlich angeordnete Verlängerung der Geltungsdauer der den bisherigen Beauftragten erteilten Genehmigungen von der Durchführung eines geregelten Vergabeverfahrens befreit zu sein. Ebenso scheide eine Berufung auf ein vorhergehendes erfolgloses Vergabeverfahren mangels Durchführung desselben aus.

Die Antragstellerin zu 2) beantragt,

1. festzustellen, dass die Verlängerung der mit den bisherigen Leistungserbringern abgeschlossenen Verträge über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen im Gebiet der Antragsgegnerin und zwar in den Geltungsbereichen 1 bis 5 unwirksam ist,

hilfsweise,

durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge zu tragen, dass die Vergabe von Leistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes im Gebiet der Antragsgegnerin nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer im Wege eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens erfolgt sowie

2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zu 2) zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Nachprüfungsanträge zurückzuweisen,

Sie vertritt die Auffassung,

dass das Begehren der Antragstellerin zu 1) so unbestimmt sei, dass diesem bereits aus diesem Gesichtspunkt heraus kein Erfolg beschieden sein könne. Ungeachtet dessen müssten die gestellten Nachprüfungsanträge in ihrer Gesamtheit ebenfalls erfolglos bleiben, da diese die aktuelle Gesetzeslage in Sachsen-Anhalt nicht berücksichtigten. Denn mit Änderung des RettDG LSA sei in § 15 eine Übergangsregelung aufgenommen worden, wonach die Genehmigungen, die den Leistungserbringern erteilt worden waren, bis zum 31.12.2013 weiterhin gelten sollten.

Erklärtes Ziel der gesetzlichen Verlängerung der Befristung der Genehmigung sei, dem Gesetzgeber Zeit zu verschaffen, um mit Blick auf die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, des Europäischen Gerichtshofes und des Bundesverfassungsgerichtes zur Frage der Ausschreibungspflicht im Rettungswesen eine grundlegende Überarbeitung des RettDG hinsichtlich der Erforderlichkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens vorzunehmen. Mit dieser Vorgehensweise wolle der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung die geltenden Ausschreibungsregelungen nicht umgehen, halte jedoch eine Übergangsregelung zur Schaffung landesweit abgestimmter Regelungen aus übergeordneten Interessen für rechtmäßig, da die dafür vorgesehene Frist so kurz bemessen sei, dass eine Vergabe nach den Regeln des GWB in transparenter und EU-weiter Form absehbar sei.

Die EU-Kommission habe sich mit der Bundesrepublik Deutschland daraufhin verständigt, dass mögliche Rechtsverstöße der Vergangenheit durch nachträgliche Bekanntmachung der Rettungsdienstvergaben zu heilen seien. Dies alles sei der Antragstellerin zu 1) als auch zu 2) sehr wohl bekannt. Ersterer sei zudem mitgeteilt worden, dass es ihr frei stehe, der Antragsgegnerin ein Angebot zur Durchführung der Rettungsdienstleistungen vorzulegen. Dem

sei die Antragstellerin zu 1) bisher nicht gefolgt, da sie die entsprechende Leistung tatsächlich gar nicht erbringen könne. Denn sie verfüge weder über die nötigen Rettungswachen noch über das nötige Personal.

Die Beigeladene zu 1) vertritt die Auffassung, dass die Voraussetzungen für einen zukünftigen Ausschluss seiner Mandantin vom Wettbewerb nach § 1 GWB nicht vorlägen. Auch sei es der Vergabekammer verwehrt, eine entsprechende Anordnung gegenüber der Antragsgegnerin auszusprechen.

Die Beigeladene zu 3) führt dazu aus, dass die mittels Schriftsatz vom 16.08.2011 vertretene Auffassung der Antragstellerin zu 1), die Beigeladene zu 3) dürfe im Falle eines Erfolges der Antragstellerin zu 1) an einem neuen Verfahren nicht mehr beteiligt werden, unzutreffend sei. Sie habe weder nachweislich eine schwere Verfehlung begangen, noch stelle ihr Verhalten ihre Zulässigkeit als Bewerber infrage. Das ihr unterstellte Verhalten habe nicht stattgefunden. Es sei insbesondere unzutreffend, wenn die Antragstellerin zu 1) behaupte, die Beigeladene zu 3) habe mit anderen Leistungserbringern im gegenständlichen Gebiet wettbewerbswidrige Absprachen getroffen.

Jeweils mit Beschluss vom 22.08.2011 sind die Nachprüfungsverfahren 1 VK LSA 17/11 bis 1 VK LSA 21/11 und 1 VK LSA 24/11 bis 1 VK LSA 28/11 verbunden und unter dem Aktenzeichen 1 VK LSA 17/11 bzw. 1 VK LSA 24/11 weitergeführt worden.

Die Nachprüfungsverfahren 1 VK LSA 17/11 und 1 VK LSA 24/11 sind im Anschluss mit Beschluss vom 22.08.2011 ebenfalls zur gemeinsamen mündlichen Verhandlung verbunden und danach unter dem Aktenzeichen 1 VK LSA 17/11 zur gemeinsamen Entscheidung fortgeführt worden.

Ausweislich des Kammerbeschlusses vom 24.08.2011 sind der ..... Regionalverband ..... e.V., das ..... Kreisverband ..... e.V. und die ..... GmbH beigeladen worden.

Den Beteiligten ist in der mündlichen Verhandlung Gelegenheit gegeben worden, ihren Vortrag zum Sachverhalt sowie zur rechtlichen Würdigung zu ergänzen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt und zum Vortrag der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze, auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen.

## II.

Die Nachprüfungsanträge sind zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer richtet sich nach § 100 GWB bzw. Abschnitt II Abs.1 - Einrichtung und Zuständigkeit der Vergabekammer - des Runderlasses des Ministeriums für Wirtschaft und Technologie (MW) – Richtlinie über die Einrichtung von Vergabekammern in Sachsen-Anhalt – vom 04.03.1999, Az.: 63-32570/03, geändert durch Runderlass des MW vom 08.12.2003, Az.: 42-32570/03.

Der Anwendungsbereich des 4. Teiles des GWB (§§ 97 ff.) ist hier eröffnet. Der maßgebliche Schwellenwert ist weit überschritten.

Die 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt ist nach Abschnitt I § 2 Abs. 1 der gemeinsamen Geschäftsordnung der Vergabekammern (vgl. Bek. des MW v. 05.08.2009, MBI. LSA Nr. 33/2009) zuständig.

Ausweislich § 104 Abs. 1 GWB sind die Vergabekammern zur Nachprüfung der Vergabe Öffentlicher Aufträge berufen. Öffentliche Aufträge sind gemäß § 99 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen. Dienstleistungskonzessionen sind von der Definition ausdrücklich nicht umfasst. Zwischen den Beteiligten besteht hier jedoch zu Recht Einigkeit darüber, dass vom Vorliegen einer die Zuständigkeit der erkennenden Kammer ausschließenden Dienstleistungskonzession hier nicht auszugehen ist.

Stattdessen ist hier ein Öffentlicher Auftrag zwischen der Antragsgegnerin und jedem der einzelnen Beigeladenen über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen im Zusammenhang mit der Verlängerung der jeweiligen Genehmigung nach § 15 RettDG LSA zustande gekommen. Soweit die Antragsgegnerin darauf Bezug nimmt, dass man zwar Einvernehmen über die Verlängerung der Genehmigung erzielt habe, darin aber kein Einvernehmen über die Verlängerung einer vertraglichen Bindung zu sehen sei, ist ihre Argumentation als wirklichkeitsfremd und schlicht rechtsirrig zu bezeichnen.

Denn nach den allgemeinen Regeln des Vertragsrechtes kommt ein Vertrag durch Angebot und Annahme zustande. Vorliegend hat die Antragstellerin im Rahmen des ihr durch den Landesgesetzgeber gemäß § 15 RettDG LSA zugebilligten Ermessens darüber befunden, ob ihr an einer Verlängerung der Genehmigungen zur Erbringung von Rettungsdienstleistungen durch die Beigeladenen gelegen ist. Die Antragsgegnerin ist diesbezüglich offenbar zu einem positiven Ergebnis gelangt und hat sich mit diesem Ansinnen an die Beigeladenen gewandt. Die Antragsgegnerin ging nicht nur davon aus, dass mit der Verlängerung der Genehmigung auch eine Verlängerung der Erbringung von Rettungsdienstleistungen durch die Beigeladenen einherging, es kam ihr vernünftigerweise sogar entscheidend darauf an. Denn nur so konnte sie den ihr im Rahmen der Daseinsvorsorge im Bereich Rettungsdienst obliegenden Pflichtenkreisen genügen.

Gleiches gilt für die Beigeladenen. In der Zustimmung der Beigeladenen zur Verlängerung der Genehmigungen nach § 15 RettDG LSA lag gleichzeitig auch eine Zustimmung zur weiteren Leistungserbringung, denn auch den Beigeladenen kam es gerade auf eine Fortführung der Leistungserbringung an. Vorliegend findet sich somit die Konstellation, dass ein Öffentlicher Auftraggeber an drei verschiedene Leistungserbringer herantritt und diese befragt, ob sie die bisher erbrachten Leistungen auch weiterhin bis zum Ende des Jahres 2013 erbringen wollen. Letztere stimmen diesem Angebot der Antragsgegnerin zwar nicht ausdrücklich zu, bringen dies jedoch schon durch die widerspruchslose Entgegennahme der Genehmigungsverlängerungen zumindest konkludent und damit ausreichend zum Ausdruck. Darin liegt eine vertragliche Annahmeerklärung durch tatsächliches Tun. Dies wurde offenbar so auch seitens der Antragsgegnerin sowie den Beigeladenen in dieser rechtlichen Konsequenz gewertet. Soweit dies bestritten wird, handelt es sich nach dem Dafürhalten der erkennenden Kammer nur um nicht verfangende Schutzbehauptungen.

Die Regelung des § 15 RettDG LSA ist demnach eine Vorschrift, die die Genehmigungsverlängerung, aber auch nur diese umfasst. Das synallagmatische Vertragsverhältnis, welches mittlerweile offenbar auch von den Beteiligten im Zuge der eindeutigen Rechtsprechung auch des OLG Naumburg anerkannt wurde, bleibt von dieser gesetzlichen Neuregelung jedoch unberührt. Es mag durchaus sein, dass der Gesetzgeber tatsächlich anderes im Sinn hatte. Der Landesgesetzgeber darf jedoch nicht nur wollen, er muss es unabhängig von der Frage der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht auch tun. Zwar hat auch die für die Qualifizierung als Öffentlicher Auftrag ganz entscheidende Regelung des § 12 RettDG LSA einige Änderungen erfahren. Diese betreffen jedoch nicht die für die rechtliche Einordnung als Vertragsverhältnis entscheidenden Passagen. Es findet sich also auch weiterhin eine Unterscheidung zwischen der Genehmigung zur Erbringung von Rettungsdienstleistungen und der Beauftragung von Rettungsdienstleistungen. Erstere ermöglicht dem Rettungsdienstunternehmen die Leistungserbringung, letztere verpflichtet es zur Leistungserbringung und stellt als einziges den Träger des Rettungsdienstes somit frei von der Verpflichtung zur Sicherung der Daseinsvorsorge durch Leistungserbringung im eigenen Haus. Wer aber als Träger des Rettungsdienstes durch die Genehmigungserteilung nach § 15 RettDG LSA die Leistungserbringung durch einen oder mehrere Dritte zu sichern sucht, der handelt mit Vertragsbin-

dungswillen und schließt mangels ausdrücklicher vertraglicher Regelung zumindest konkludent mit den mit Annahmewilligen ausgestatteten Leistungserbringern einen Vertrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB.

Unschädlich ist in diesem Zusammenhang, dass das Angebot zum Vertragsschluss vorliegend nicht von den Leistungserbringern sondern von der Antragsgegnerin gemacht wurde. Kennzeichnend für den Öffentlichen Auftrag ist die Einigung über eine Leistungserbringung zwischen einem Öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen. Von welcher Seite die Initialzündung ausging, ist dabei ohne rechtliche Relevanz.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB.

Der Zulässigkeit der Nachprüfungsanträge steht auch keine wirksame Zuschlagserteilung gemäß § 114 Abs. 2 GWB entgegen. Vorliegend hat die Antragsgegnerin mit den Beigeladenen zwar über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen mehrere Verträge abgeschlossen, diese entfalten allesamt jedoch keine rechtliche Bindungswirkung. Die Unwirksamkeit der vertraglichen Regelungen folgt aus § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB, da die Verträge zwischen den Vertragspartnern ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens und somit außerhalb des Wettbewerbs geschlossen wurden. Ungeachtet dessen, ob die Bekanntmachung der verlängerten Genehmigungen am 12.05.2011 überhaupt mit der Bekanntgabe der vertraglichen Bindung durch die Antragsgegnerin gleichgesetzt werden kann, wäre die für die Feststellung der Unwirksamkeit der Verträge einzuhaltende 30-Tagesfrist des § 101b Abs. 2 letzter Satz GWB durch das Stellen der Nachprüfungsanträge am 23.05.2011 bzw. 08.06.2011 allseits eingehalten.

Ausweislich § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB entfällt das Rügeerfordernis in den Fällen des § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Die Antragstellerin zu 1) sowie die Antragstellerin zu 2) sind auch nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an einem Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin zu 1) sowie die Antragstellerin zu 2) haben an Aufträgen zur Erbringung von Leistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes ihr Interesse bekundet. Dies wurde in beiden Fällen u. a. durch die Durchführung verschiedenster Nachprüfungsverfahren dokumentiert. Zur Dokumentation des eigenen Leistungswillens ist es ausdrücklich nicht erforderlich, in einem Verfahren außerhalb verbindlich einzuhaltender vergaberechtlicher Regelungen ein Angebot abzugeben. In diesem Zusammenhang reicht vielmehr der bloße Vortrag aus, durch die Missachtung der vergaberechtlichen Bestimmungen und die Durchführung von de-facto-Vergaben der Möglichkeit beraubt zu sein, sich an einem ordentlichen Vergabeverfahren zu beteiligen.

Auf welcher Grundlage die Antragsgegnerin hinsichtlich der Antragstellerin zu 1) die Leistungsfähigkeit schriftsatzseitig in Zweifel ziehen konnte, vermochte auch auf konkretes Nachfragen in der mündlichen Verhandlung nicht geklärt werden. Berechtigte Zweifel an der grundsätzlichen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zu 1) konnten somit keine festgestellt werden.

Soweit die Antragsgegnerin die Auffassung vertritt, dass das Begehren der Antragstellerin zu 1) zu unbestimmt sei, kann dem die erkennende Kammer ebenfalls nicht folgen. Das Vorbringen der Antragstellerin zu 1) wird ebenso wie der Vortrag der Antragstellerin zu 2) den Anforderungen des § 108 GWB vollumfänglich gerecht.

Die Nachprüfungsanträge sind auch begründet.

Die Antragsgegnerin hat durch die Durchführung eines Verfahrens außerhalb der Regelungen der VOL/A gegen zwingende Vorschriften des Vergaberechts verstoßen und somit die Antragstellerin zu 1) und die Antragstellerin zu 2) in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Das Auftraggeberhandeln kann ausdrücklich nicht aus den derzeit geltenden Regelungen des RettDG LSA gerechtfertigt werden. Insoweit wird zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die Ausführungen der erkennenden Kammer zur Zulässigkeit verwiesen.

Sowohl die Antragstellerin zu 1) als auch die Antragstellerin zu 2) haben weiterhin nach § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin die Leistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes im Wege eines transparenten Vergabeverfahrens im Sinne des § 97 Abs. 1 GWB beschafft, soweit die Antragsgegnerin diese Leistung nicht selbst zu erbringen gedenkt. Letzteres scheint hier jedoch nicht der Fall zu sein. Diesem Anspruch wurde die Antragsgegnerin durch die ihrerseits durchgeführten de-facto Vergaben nicht gerecht. Wettbewerb im Sinne des § 97 Abs. 2 GWB fand nicht statt. Aufgrund des drittschützenden Charakters dieser Vorschriften ist der Antragstellerin zu 1) sowie der Antragstellerin zu 2) durch die de-facto Vergaben die Möglichkeit einer Zuschlagserteilung in einem dem Wettbewerbsgrundsatz unterfallenden förmlichen Vergabeverfahren in rechtswidriger Art und Weise genommen worden. Darin liegt hier das schädigende Ereignis im Sinne des § 97 Abs. 7 GWB.

Die erkennende Kammer hat es in der Sache für erforderlich und sich selbst daher auch für berechtigt erachtet, die Antragsgegnerin im Rahmen des § 114 Abs. 1 GWB für den wohl auch zukünftig zu erwartenden Fall einer angestrebten Erbringung von Rettungsdienstleistungen durch Dritte zur Durchführung eines förmlichen Verfahrens zu verpflichten. Aufgrund der Gesamtumstände hält sie es ebenso für geboten, der Antragsgegnerin für die ordnungsgemäße Bekanntmachung eines solchen Verfahrens eine Frist von drei Monaten, ab Bestandskraft dieses Beschlusses, vorzugeben. Hierbei war insbesondere von Bedeutung, dass die Antragsgegnerin sich in der Vergangenheit mehrfach verbindlich geäußert hat, ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen. Diesen Beteuerungen hat die Antragsgegnerin jedoch offensichtlich irritiert durch die Neuregelungen im RettDG LSA keine Taten folgen lassen. Sie ist nunmehr angehalten, innerhalb der vorgegebenen Frist ein förmliches Vergabeverfahren einzuleiten.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 GWB. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Gemäß § 128 Abs. 3 GWB sind die Kosten der Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer von demjenigen bzw. denjenigen zu tragen, die im Verfahren unterliegen. Für die Beurteilung des Obsiegens bzw. Unterliegens eines Beteiligten ist allein der Ausgang der Verfahren im Verhältnis zu dem von ihm gestellten Antrag in diesen Verfahren maßgeblich. Vorliegend wird den Anträgen der Antragstellerin zu 1) und der Antragstellerin zu 2) auf Feststellung der Unwirksamkeit der geschlossenen Verträge sowie der Vergabe der betreffenden Leistungen ausschließlich im Wege eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens entsprochen. Somit kommt es zum Unterliegen der Antragsgegnerin, so dass diese die Kosten der Verfahren zu tragen hat.

Ausgehend von der für die Vergabekammern geltenden Gebührentabelle des Landes Sachsen-Anhalt beträgt die Höhe der Verfahrensgebühr vor der Vergabekammer (§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB) unter Zugrundelegung der durch die Antragsgegnerin übergebenen Vereinbarung der vorläufigen Benutzungsentgelte basierend auf den Teilbeträgen der Leistungserbringer (Beigeladene) für das Jahr 2010 bei einer hier erforderlichen Zugrundelegung einer dreijährigen Laufzeit Euro.

Die erkennende Kammer konnte dem Bemühen der Antragsgegnerin um Reduzierung des Bemessungszeitraumes auf das Jahr 2011 auch bei noch so wohlwollender Betrachtung nicht entsprechen. Grundlage für die Bestimmung des Bemessungszeitraumes ist hier die Dauer der in Streit stehenden vertraglichen Beziehungen zwischen der Antragsgegnerin und den einzelnen Beigeladenen im Zusammenhang mit den ihnen gegenüber erteilten Verlängerungen der Genehmigungen nach § 15 RettDG LSA. Wie bereits ausgeführt kam es rund um diese besagten Verlängerungen im Wege der de facto Vergaben zu drei zumindest konkludent geschlossenen Verträgen über die Erbringung von Rettungsdienstleistungen. Die Genehmigungen sind entsprechend der Regelungen des § 15 RettDG LSA und des ausdrücklich ausgesprochenen Willens der Antragsgegnerin bis zum Ende des Jahres 2013 befristet. Mangels entgegenstehender anderweitiger vertraglicher Regelungen muss dies für die konkludent geschlossenen vertraglichen Vereinbarungen folglich ebenso gelten. Es handelt sich daher um befristete Verträge im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 1 VgV mit einer maximalen Laufzeit unter 48 Monaten. In diesem Fall bemisst sich der Bemessungszeitraum an der jeweiligen vertraglichen Vereinbarung und die erstreckt sich über drei volle Jahre vom 01.01.2011 bis zum 31.12.2013.

Soweit die Antragsgegnerin diesbezüglich auf eine im Zusammenhang mit der Verlängerung der Genehmigung ausgesprochene auflösende Bedingung Bezug nimmt, sei ungeachtet der Frage der rechtlichen Wirksamkeit einer solchen darauf hingewiesen, dass einer derartigen Bedingung per se ein ungewisser Eintritt immanent ist, der eben gerade nicht als Frist im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 1 VgV gewertet werden kann.

Eine andere Entscheidung war auch nicht unter dem Aspekt der für das Jahr 2010 offenbar zwischen der Antragsgegnerin, den Beigeladenen sowie den Sozialversicherungsträgern abgeschlossenen Vereinbarung über vorläufige Benutzungsentgelte für die Leistungen des Rettungsdienstes im Rettungsdienstbereich ..... möglich. In diesem Zusammenhang kann zugestanden werden, dass eine Fortgeltung dieser Vereinbarung inklusive der dieser innewohnenden zeitlichen Befristung auf 12 Monate dem Willen der Antragsgegnerin sowie der drei Beigeladenen entsprach. In diesem Zusammenhang wäre bei einer rechtlichen Erheblichkeit dieser willentlichen Übereinstimmung gegebenenfalls allerdings noch der Bindungswillen der zuständigen Sozialversicherungsträger zu eruieren gewesen. Die erkennende Kammer konnte jedoch darauf verzichten, da die Antragsgegnerin offenbar verkennt, dass die ihrerseits im Anschluss an die mündliche Verhandlung vorgelegte Vereinbarung über eine befristete Geltung von Benutzungsentgelten mit dem hier einzig relevanten vertraglichen Grundverhältnis zwischen der Antragsgegnerin und den Beigeladenen auf der Basis zumindest konkludent geschlossener Verträge nicht gleichzusetzen ist. Dies ist auch der Struktur des RettDG LSA deutlich zu entnehmen.

Es musste daher bei der Feststellung eines hier relevanten Bemessungszeitraumes von 36 Monaten bleiben. Dieser wurden der Kostenermittlung zugrunde gelegt.

Zu den somit errechneten fälligen Gebühren addieren sich Auslagen (§ 128 GWB i. V. m. § 10 Verwaltungskostengesetz des Landes Sachsen-Anhalt) in Höhe von ..... Euro.

Die Höhe der Gesamtkosten für das Verfahren beläuft sich demnach auf

..... Euro,

§ 128 Abs. 1 Satz 1 GWB.

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von ..... Euro hat nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses durch die Antragsgegnerin unter Verwendung des Kassenzeichens 3300- auf das Konto 810 015 00 bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, BLZ 810 000 00 zu erfolgen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin zu 1) sowie die Antragstellerin zu 2) war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig, § 128 Abs. 4 GWB i. V. m. § 80 VwVfG.

Der Antragstellerin zu 1) sowie der Antragstellerin zu 2) werden die geleisteten Vorschüsse nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses zurückerstattet.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen den Beschluss der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig, § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit Zustellung des Beschlusses beginnt, beim Oberlandesgericht Naumburg, Domplatz 10 in 06618 Naumburg, einzulegen, § 117 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Tatsachen und Beweismittel bezeichnen, auf die sich die Beschwerde stützt, § 117 Abs. 2 GWB.

Die Beschwerde muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, § 120 Abs. 1 GWB.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 GWB.

gez. Thomas

gez. Pönitz

gez. Neumann